

Handikap

Advokat Jacob Goldschmidt

Hvad skal vi tale om...



- Er der tilstrækkelig fokus på formålsfortolkning ??
- Er handicapbeskyttelse en disciplin for den juridiske feinschmecker.....



**#ViBliverSguDaNødtTilAtRejse
TilEuDomstolenForAtFåRet**



**#AjOsLytterHrHellerIkkeTil
SelvOmDomstolenGiverOsRet**

Ring/Werge dommen

- Definition FN konvention:
 - Handikap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og **holdningsmæssige** og **omgivelsesbestemte** barrierer (præmis 37)
 - Langvarig
 - fysiske, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i **samspil med forskellige barrierer** kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet **på lige fod** med andre (præmis 37)

- FN Konventionen om Handikap
 - Ratificeret af EU den 29. november 2009
 - Se Ring/Werge dommen præmis 3-5
 - Se U2013.2575H – HRs redegørelse for retsgrundlaget

Ring/Werge dommen



- Definition **EU Direktiv** (præmis 38+39):
 - Handikap omfatter en **begrænsning** som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i **samspil med forskellige barrierer** kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet **på lige fod** med andre arbejdstagere
 - Den skal være ”langvarig”

Forskelsbehandlingsloven - baggrund



- 27. november 2000 EU direktiv
 - 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om **ligebehandling** med hensyn til beskæftigelse og erhverv
- 22. december 2004 Dansk Lov
 - Gennemføre den resterende del af direktivet, således at der ikke fremover må forskelsbehandles på grund af alder og handicap

Baggrund



- Forarbejderne til den danske lov:
 - Handikapbegrebet defineres ikke i direktivet, og det er i forbindelse med implementering i første omgang op til medlemsstaterne at fastlægge indholdet af begrebet. **Det er i sidste instans EF-domstolen, der fastlægger den endelige fortolkning af direktivet.**

- Navas-dommen 11. juni 2006
 - Sygdom og handicap er 2 forskellige ting
 - Lovgiver har dog, ved anvendelsen af begrebet ”handicap” i direktivets art. 1, bevidst valgt et udtryk, der adskiller sig fra sygdom. En umiddelbar sidestilling af de 2 begreber er derfor udelukket (præmis 44)

- Navas-dommen 11. juni 2006
 - Varighed
 - Lovgiver har tænkt på situationer, hvor vedkommende er forhindret i at deltage i erhvervslivet i en lang periode. For at være omfattet af begrebet ”handikap” skal begrænsningen **muligvis** være af lang varighed.



§ 1: Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af handicap

§ 2a: Arbejdsgiveren skal (ikke lønmodtageren)

1. Træffe foranstaltninger
2. Hensigtsmæssige i forhold til konkret behov
3. For en person med handicap
4. Ikke uforholdsmæssig stor byrde

§ 7: Krænkelser kan medføre godtgørelse

§7a: Bevisformodningsregel

Vestre Landsret - Sklerose er ikke Handikap ■

- Landsretten: den særlige sclerose-træthed med føleforstyrrelser og koncentrations- og hukommelsesbesvær har medført **en funktionsnedsættelse**, men landsretten finder ikke[at det] kan anses for et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand (U2008.306V)
- Med Ring/Werge dommen utvivlsomt forkert retsanvendelse

Ring/Werge dommen



- Begrebsadskillelsen (præmis 43-46)
 - Definitionen af begrebet handicap går forud for fastsættelsen og vurderingen af de hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger
 - Først artikel 1 så artikel 5
 - Ikke en grundlæggende bestanddel af begrebet handicap



Spørgsmål 1

- a. Vil **enhver** person, som på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader **ikke kan** eller kun i begrænset omfang kan **udføre sit arbejde**, være omfattet af begrebet ”handicap” i direktivets forstand?



Spørgsmål 1

- b. Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret **uhelbredelig** sygdom, være omfattet af begrebet handicap i direktivets forstand?



Spørgsmål 1

- c. Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret **forbigående** sygdom, være omfattet af begrebet handicap i direktivets forstand?

Ring/Werge dommen



- Årsagen til funktionsnedsættelsen er uden betydning
 - Præmis 40 = formålsfortolkning
 - Det vil være i strid med selve dette direktivs formål, som er at sikre ligebehandling, at definere dets anvendelsesområde med henvisning til årsagen til handikappet
 - Både helbredelig og uhelbredelig sygdom af lang varighed er omfattet (præmis 41)

Ring/Werge dommen



- Endeligt svar i præmis 47

Højesteret efter Ring/Werge



- U2013.2575 H – advokatsekretær ADHD
- U2015.3301 H – Werge -120 dages regel OK
- U2015.3827H – Leddegigt Skibby
Supermarked
- U2016.2463H – Deltidsstilling i kommune
- U 2016.2530H – Dagplejer på orlov



Bevisbyrden i handicapsager

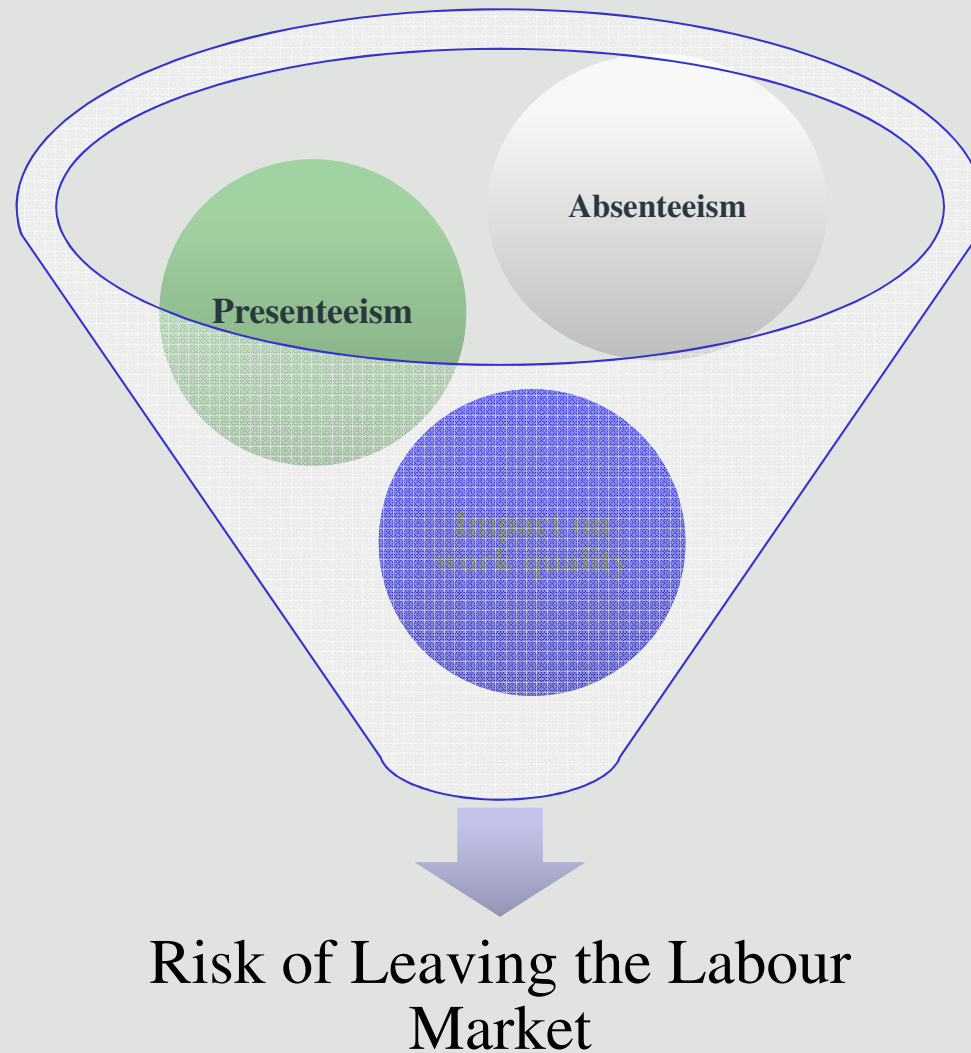
- Højesteret fastslog i Werge-sagen U.2015.3301H
 - Det er medarbejderen, der skal godtgøre, at der foreligger et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand
 - Uden betydning for vurderingen af om der foreligger et handicap, om arbejdsgiver vidste eller burde vide, at der forelå et handicap
 - **Men** det er en forudsætning for arbejdsgivers forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, at arbejdsgiver vidste eller burde vide, at medarbejderen har et handicap

1. Terminology



- **Psychosocial Disability**
- psychological impairments that, in interaction with other barriers, give rise to a disability.
- e.g. depression, anxiety, stress, addictions, phobias, eating disorders, schizophrenia ...

Consequences at Work



3. Stigma



<http://knowmental.com/stigma-of-mental-illness/>



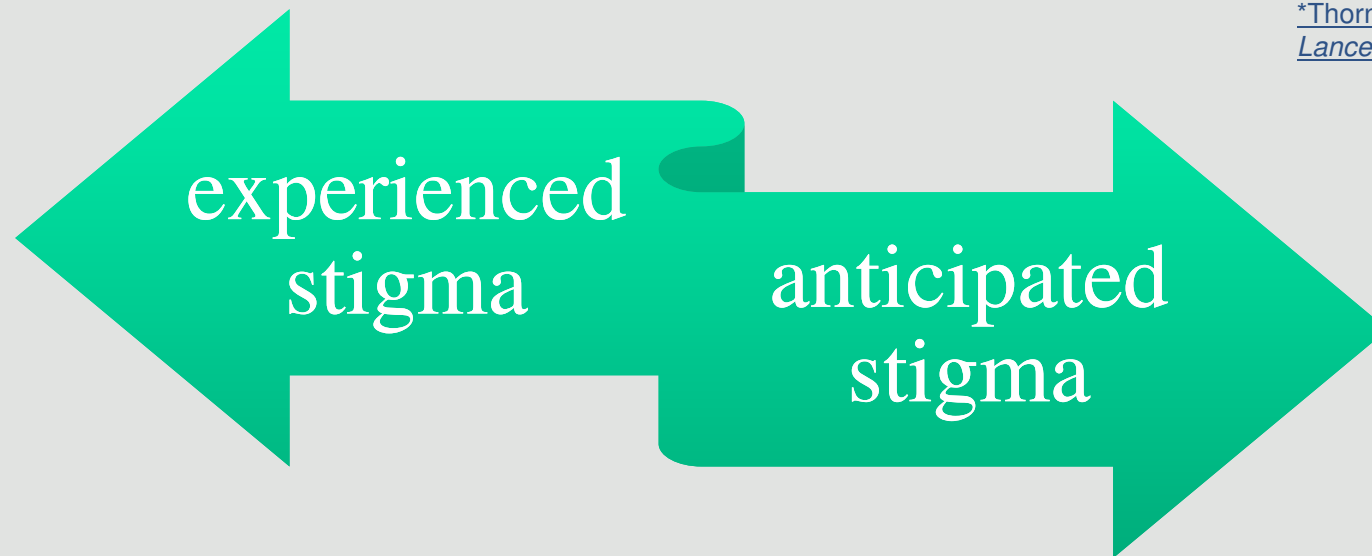
hercampus.com

- labelling, stereotyping, segregation, discrimination
- dangerousness → avoidance



- 69% of people with schizophrenia anticipated discrimination in finding / keeping employment*

*Thornicroft et al (2009) *The Lancet*, 410.



The dilemma of disclosure

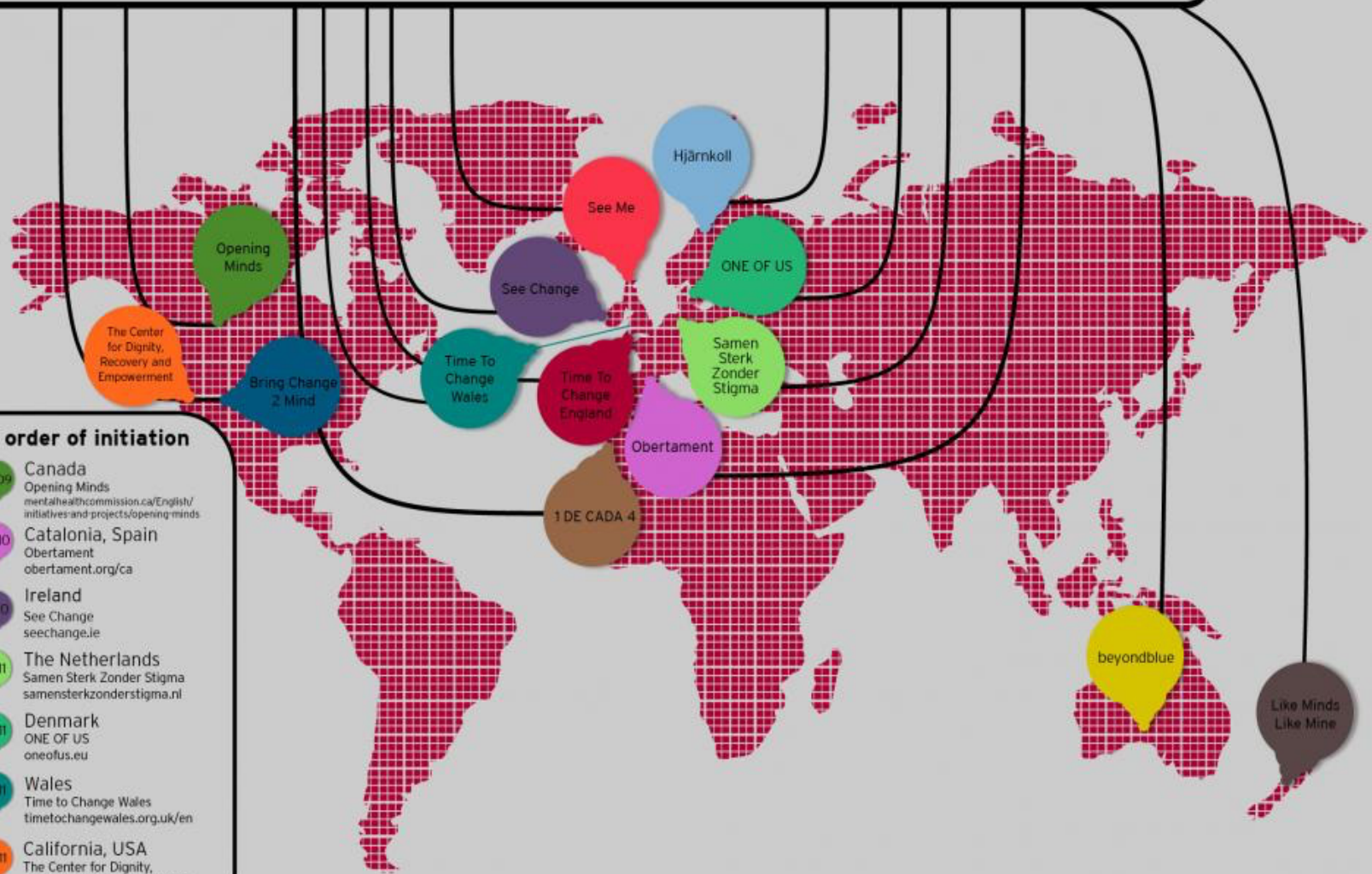
Thornicroft, *Shunned: Discrimination Against People with Mental Illness* (OUP 2006)

A Global Movement Against Stigma

Working to eliminate mental health stigma and discrimination around the world

time to change

let's end mental health discrimination
www.time-to-change.org.uk



Campaigns listed in order of initiation

- 1997 New Zealand
Like Minds Like Mine
likeminds.org.nz
- 2000 Australia
beyondblue
beyondblue.org.au
- 2002 Scotland
See Me
seemescotland.org
- 2003 England
Time to Change England
time-to-change.org.uk
- 2007 Andalusia, Spain
1 DE CADA 4
1decada4.es
- 2008 USA
Bring Change 2 Mind
bringchange2mind.org
- 2009 Sweden
Hjärnkoll
nspsh.se/hjarnkoll
- 2009 Canada
Opening Minds
mentalhealthcommission.ca/English/initialives-and-projects/opening-minds
- 2010 Catalonia, Spain
Obertament
obertament.org/ca
- 2010 Ireland
See Change
seechange.ie
- 2011 The Netherlands
Samen Sterk Zonder Stigma
samensterkzonderstigma.nl
- 2011 Denmark
ONE OF US
oneofus.eu
- 2011 Wales
Time to Change Wales
timetochangewales.org.uk/en
- 2011 California, USA
The Center for Dignity, Recovery and Empowerment
dignityandrecoverycenter.org

5. National Definitions of Disability

- Non-discrimination legislation defines disability in 12 MSs: AU, BU, CY, CZ, ET, GE, IR, MA, POR, SP, SW, UK
- Various terminology used in the context of psychological impairment / psychosocial disability:
- ‘psychological condition’ (Austria), ‘loss or impairment ...of the psyche of an individual’ and ‘psychic impairment’ (Bulgaria), ‘psychological limitation’ (Cyprus), ‘psychological...impairment’ (Czech Republic), ‘abnormality in ...mental structure or function’ (Estonia), ‘mental health’ which differs from the typical state (Germany), a ‘condition, illness or disease’ affecting thought processes, perceptions of reality, emotions or judgment or leading to disturbed behaviour (Ireland), a loss, restriction or abnormality of ‘psychological’ structure or function (Malta), ‘psychological functions’ (Portugal), ‘mental impairment’ (Spain), and ‘mental limitation’ (Sweden and GB).

Limited relevant case law may indicate: ■



people with psychological impairments easily qualify as disabled, and courts are not considering their disability status

or

an overall lack of cases brought by persons with psychosocial disabilities.

6. Reasonable Accommodation

- How much knowledge does an employer have to know before the duty to reasonable accommodate is triggered?
- Many individuals choose not to disclose their psychosocial disability.
- Failure to disclose may weaken their claim to an accommodation or indicate lack of cooperation.
- Situation is compounded by legal uncertainty regarding duty to disclose.
- Very little case law on reasonable accommodation and persons with psychosocial disabilities.

- 
-
- Non-discrimination legislation does not contain a definition of disability in 13 Member States: BE, CRO, DEN, FI, GRE, HUN, LAT, LIT, NL, PO, RO, SLOVA, SLOVE
 - Non-discrimination law which protects individuals from discrimination on the ground of state of health as well as disability may provide greater protection from discrimination for people with psychosocial disorders.
- 

Helbredsoplysningsloven



UfR 2013. 2575 H - ADHD :

- ” Højesteret finder, at A har opfyldt en eventuel oplysningspligt efter helbredsoplysningslovens § 6 ved i tilknytning til ansættelsessamtalen den 19. april 2008 at oplyse om sin ADHD-lidelse. ...”

Helbredsoplysningsloven



H.D. 9. juni 2015 sag 138/2013 - ”stress”:

- Højesteret lagde navnlig vægt på, at A havde overtrådt sin oplysningspligt efter helbredsoplysningslovens § 6 ved ikke at oplyse regionen om sin sygemelding, og at A i øvrigt havde handlet svigagtigt ved at tilvejebringe regionen en opfattelse af, at hun var aktiv i uopsagt stilling.

Helbredsoplysningsloven



H.D. 9. juni 2015 sag 138/2013 - ”stress”:

- ”Helbredsoplysningsloven bestemmer i § 6, at en lønmodtager inden ansættelsen af egen drift skal oplyse, om han er bekendt med at lide af en sygdom, som vil have væsentlig betydning for hans arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde. Højesteret finder, at oplysningspligten efter bestemmelsens ordlyd og formål omfatter arbejdsbetinget stress, der medfører sygefravær - uanset om forholdet må anses for en sygdom i medicinsk forstand.”

Oplysningspligt



Er der oplysningspligt om handicap?

- Antageligvis ja
- Analogi fra helbredsoplysningslovens § 6
- Er der ikke oplyst andet må arbejdsgiveren kunne forlange ,at medarbejderen kan udføre arbejdet på tiltrædelsesdagen
- Hvis der ikke oplyses vil arbejdsgiveren være afskåret fra at etablere de rammer som skal til ,for at han kan udnytte den handicappedes fulde arbejdskraft allerede pr. tiltrædelsesdagen

Betragtninger til direktivet



I punkt 17 hedder det (Ring/Werge præmis 7):

- *”Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egned og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”*

Ring/Werge – ”Nedsat tid”



- Præmis 57: Specifik henvisning til 17. betragtning
- Præmis 58: Ikke må udgøre en uforholdsmæssig byrde
- Præmis 59: nationale ret

- Præmis 61-63: De faktuelle forhold i Ring sagen: DAB opslog en ledig stilling på 22 timer
 - I de sagsakter, der er forelagt Domstolen, findes ingen oplysninger, som gør det muligt at fastslå, at jette Ring ikke var i stand til at bestride denne stilling på deltid, eller at forstå grunden til, at hun ikke blev tilbudt denne stilling
 - (bevisformodning ???)

Ring/Werge – ”Arbejds mønstre”



- Præmis 52 (bemærk formuleringsteknik – der skal hjemmel til at begrænse)
- Imidlertid fremgår det hverken af 20. betragtning eller af nogen anden bestemmelse i direktiv 2000/78, at unionslovgiver har haft til hensigt at begrænse begrebet ”arbejds mønstre” til sådanne forhold og udelukke en **tilpasning af timetallet**.....
- Præmis 53: FN-konventionens artikel 2 tilskynder til en **vid definition** af begrebet ”rimelig tilpasning”
- Præmis 55: ikke udelukke at en nedsættelse af arbejdstiden er omfattet af artikel 5 – og i øvrigt er 20. betragtning ikke udtømmende.

Alkohol



ØLD 13/6-2014 (7. afd., sag B-2176-13) **Den alkoholiserede tandplejer:**

Finder ikke at

årelange overforbrug har indebåret, at hendes funktionsevne har været mere varigt nedsat. Allerede derfor ses der ikke grundlag for at kunne anse [person1] for omfattet af handicapbegrebet,

Varighed



Særligt om varighed - ca. 2-3 år – ikke handicap

LBN 119/2015 (2014-6810-31200)

”Klager var udsat for arbejdsulykken den 11. september 2012, hvor hun fik en bordplade i hovedet. Hun blev opsagt cirka fem måneder efter i henhold til 120 dages-reglen. Efter de lægelige oplysninger på opsigelsestidspunktet finder nævnet ikke, at klager har godtgjort, at indklagede vidste eller burde vide, om klager var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.”

Tilpasning



HRD Sag 104/2014 af 11/8-2015 Skibby Supermarked A/S (1)

- Salgsassistent i supermarked – leddegigt

”..... I direktivets betragtning nr. 20 anføres, at tilpasningsforanstaltninger kan være f.eks. at tilpasse arbejdsmonstre og opgavefordeling.

Når en arbejdsgiver er blevet – eller burde være blevet – bekendt med en arbejdstagers handicap og det heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger, er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

.....

A har foreslået bl.a., at hun skulle varetage virksomhedens bogholderi. ... navnlig forklaringerne fra virksomhedens ledelse og revisor, lægger Højesteret imidlertid til grund, at denne opgave havde et omfang og en karakter, som krævede uddannelse og erfaring som bogholder, som A ikke besad, og Højesteret finder, at arbejdsgiveren derfor var berettiget til at afvise dette forslag med henvisning til, at A ikke var kompetent og egnet til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med denne stilling.

Tilpasning



A har desuden foreslået, at hun kunne overtage behandlingen af fakturaer, prissætning og skiltning fra lederne af alle supermarkedets afdelinger. Efter bevisførelsen, herunder navnlig forklaringerne fra virksomhedens ledelse, lægger Højesteret imidlertid til grund, at disse opgaver var henlagt til lederne af de enkelte afdelinger på grund af sammenhængen med deres forretningsmæssige opgaver, herunder deres kendskab til varerne og konkurrenceforholdene, og Højesteret finder, at arbejdsgiverens pligt til at træffe tilpasningsforanstaltninger ikke omfattede pligt til at etablere en sådan ny administrativ stilling og tilbyde den til A.

Tilpasning



*A har endvidere peget på muligheden for at give hende stillingen som **leder af postafdelingen i kombination med administrative opgaver** som f.eks. udarbejdelse af arbejdsplaner, som hun tidligere havde varetaget, og på muligheden for ansættelse på **deltid og etablering af fleksjob**.*

... . På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt finder Højesteret, at Skibby Supermarked hverken har godtgjort, at de nævnte muligheder, samlet eller delvis, ikke kunne være tilbudt hende som hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, eller at de ville medføre en uforholdsmæssigt stor byrde.”

Tilpasningsforpligtelse



U 2011.2880 Ø Køge Kommune – den hørehandicappede:

”Tilbuddet lød på ca. 40.000 kr. ekskl. moms, hvilken udgift ikke kan anses for en uforholdsmæssig stor byrde, jf. lovens § 2 a.”

U.2014.3592H Plejeren med den dårlige skulder

”Højesteret lægger efter bevisførelsen, herunder ... forklaringer, til grund, at fysisk styrke og fleksibilitet med hensyn til arbejdstid efter nedlæggelsen af de åbne sygehusafdelinger var nødvendige kompetencer for de tilbageværende medarbejdere. Højesteret lægger desuden til grund, at A ikke opfyldte disse krav, og at afskedigelsen af hende ikke kunne have været afværget ved foranstaltninger som nævnt i forskelsbehandlingslovens § 2 a.”

U 2015.1169 V Montøren med det dårlige knæ – fysiske forudsætninger nødvendiggjorde fleksibilitet